

Differentiatie en integratie in het privaatrecht

Citation for published version (APA):

Elders, J. L. M. (1983). *Differentiatie en integratie in het privaatrecht*. Kluwer.
<https://doi.org/10.26481/spe.19830929je>

Document status and date:
Published: 29/09/1983

DOI:
[10.26481/spe.19830929je](https://doi.org/10.26481/spe.19830929je)

Document Version:
Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

DIFFERENTIATIE EN INTEGRATIE IN HET PRIVAATRECHT

REDE

uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van
gewoon hoogleraar in het recht, in het bijzonder in het privaatrecht
aan de Rijksuniversiteit Limburg te Maastricht
op donderdag 29 september 1983

door

MR. J.L.M. ELDERS

KLUWER – DEVENTER – 1983

ISBN 90 268 1428 3

© 1983 Mr. J.L.M. Elders, Mheer

Behoudens uitzondering door de Wet gesteld mag zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbende(n) op het auteursrecht, c.q. de uitgeefster van deze uitgave, door de rechthebbende(n) gemachtigd namens hem (hen) op te treden, niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of anderszins hetgeen ook van toepassing is op de gehele of gedeeltelijke bewerking.

De uitgeefster is met uitsluiting van ieder ander gerechtigd de door derden verschuldigde vergoedingen van kopiëren, bedoeld in artikel 17 lid 2, Auteurswet 1912 en in het K.B. van 20 juni 1974 (*Stb.* 351) ex artikel 16b Auteurswet 1912, te innen en/of daartoe in en buiten rechte op te treden.

Ter gelegenheid van de forumdiscussie bij het vijftig jarig bestaan van het Nederlands Juristenblad heeft G.E. Langemeijer zakelijk weergegeven de volgende stelling geformuleerd: 'De rechtsstaat wordt slechts ten volle werkelijkheid wanneer de belanghebbenden bij zelfs het geringste rechtsconflict op zorgvuldig zoeken naar een aanvaardbare oplossing mogen rekenen.'¹ Vrijwel iedereen zal zich met deze stelling kunnen verenigen. De problemen ontstaan eerst wanneer het er om gaat uit te maken wat een aanvaardbare oplossing is. Bedoelen wij hiermee een oplossing overeenkomstig het objectieve recht ongeacht de vraag hoe dit door de naast betrokkenen in het conflict wordt ervaren of gaat het juist in de eerste plaats om de aanvaardbaarheid voor partijen? Bij een belangenconflict dat door middel van een vonnis op tegenspraak wordt beslecht, is er echter als regel sprake van een winnende en een verliezende partij. In hoeverre moet de oplossing ook voor deze laatste aanvaardbaar zijn.² Natuurlijk zal de rechter als hij voorziet dat bij een beslissing op tegenspraak de uitkomst niet op zo ruim mogelijke instemming zal kunnen rekenen, een schikkingscomparitie ingevolge art. 19a Rv kunnen houden en op deze wijze trachten partijen tot elkaar te brengen.³ Dit betekent veelal dat de vraag naar het juridische gelijk enigszins op de achtergrond raakt en dat door middel van de schikking gezocht wordt naar een voor beide partijen in de gegeven situatie zo aanvaardbaar mogelijke oplossing. De rechter kan echter geen ijzer met handen breken en wanneer slechts één van partijen een beslissing overeenkomstig de wet verlangt, zal de rechter deze niet kunnen weigeren. De aanvaardbaarheid van het dan verkregen resultaat zal voor een belangrijk deel afhangen van de wettelijke regeling zelf en wel van de vraag in hoeverre er sprake is van een op het geval toegespitste dwingende regeling dan wel een meer globale regeling waarbij aan de hand van algemene rechtsbeginselen een zo concreet mogelijke belangenafweging kan plaats vinden zonder dat de samenhang met het rechtssysteem uit het oog wordt verloren.

Het is dit probleem, van de verhouding tussen een bijzondere, soms op rechtskeuze van partijen, soms op wettelijke differentiatie berustende regeling enerzijds, en een meer systematische door algemene beginselen genormeerde regeling anderzijds waarvoor ik heden Uw aandacht zou willen vragen.

De beoefenaar van het privaatrecht, of hij zich nu met wetgeving bezighoudt, met de rechtspraktijk of met rechtspraak, bevindt zich maar al te vaak in het spanningsveld tussen twee polen, die van de algemeen geldende dwingende regel en de daarmee niet geheel corresponderende omstandigheden van het bijzondere geval.

In zijn artikel over het privaatrecht in de jaren zeventig heeft Nieuwenhuis de ontwikkelingsgang van concreet naar algemeen en weer terug geschetst. Eerst ontstaan er regelingen voor bijzondere overeenkomsten zoals koop, huur en dergelijke, in een volgende fase ontwikkelt zich dan het algemene contractenrecht.⁴ Daarmee is de ontwikkeling nog niet ten einde want wij kennen inmiddels ook het in boek 6 NBW opgenomen algemeen deel van het verbintenissenrecht waarbij zowel de verbintenis uit overeenkomst als die uit de wet onder een noemer worden gebracht. Een verdere graad van abstractie ontstaat wanneer deze verbintenissen onder het algemeen deel van het vermogensrecht worden gebracht zoals in boek 3 is geschied, waar ook zijn ingevoegd de artt. 3.1.1.12 tot en met 3.1.1.15, de voormalige artt. 7, 8 en 9 van de uit 1954 daterende 'Inleidende titel' van het NBW, welke titel voor het overige niet is gehandhaafd. Het sluitstuk van deze ontwikkeling van concrete naar abstracte normen wordt gevormd door de algemene rechtsbeginselen die soms via Grondwet of verdrag, soms via de doctrine de rechtstoepasser bereiken en die uit de rechtspraak niet meer weg te denken zijn.⁵

Tegenover deze ontwikkeling van simpele regel voor een concreet geval naar abstracte algemene rechtsbeginselen valt echter een tegenbeweging vast te stellen, nl. die van de verbijzondering, waarbij voor vrijwel iedere rechtsfiguur gestreefd wordt naar een zo volledig mogelijke regeling, vertakt in tal van uitzonderingen. Daarnaast zien wij de ontwikkeling in de samenleving zelf waar tal van ondernemingen eigen standaardvoorwaarden hanteren ter vervanging van de andersluidende wettelijke regels, zodat de wetgever zich genoodzaakt heeft gezien, aan deze algemene voorwaarden een afzonderlijke afdeling te wijden.⁶ Ook op andere terreinen doet zich de behoefte aan een gedifferentieerde wettelijke regeling voelen, zoals bij de alternatieve samenlevingsvormen.⁷ Het streven van de wetgever om in het privaatrecht naar een verbijzondering van de regelgeving te streven, zoals dit in het NBW ten aanzien van een aantal rechtsgebieden is geschied, betekent echter niet dat de grote lijn van de normatieve principes die het systeem van het privaatrecht moeten dragen, afwezig is.

De opmerking van Couwenberg, sprekend over ons staatsbestel, dat de balans tussen integratie en differentiatie is verbroken ten koste van de integratie, gaat zoals uit het volgende betoog zal blijken, voor het nieuwe privaatrecht in haar algemeenheid niet op, al zijn er onderdelen waar de balans duidelijk in één richting is doorgeslagen. Hartkamp heeft opgemerkt dat uit dogmatisch oogpunt het NBW gekenmerkt wordt door een aanmerkelijk aantal relativeringen. Hij bedoelt daarmee niet alleen dat er bijna evenveel uitzonderingen als regels zijn maar ook dat er sprake is van een aanmerkelijke differentiatie in regelgeving al naar gelang de persoon die het aangaat. Als voorbeelden noemt hij het terugdringen van de nietigheden en vooral van de gevolgen van de nietigheden, het beperken van terugwerkende kracht bij ontbinding van overeen-

komsten, de tot in bijzonderheden geregelde derden-bescherming en de verschillende tussenvormen tussen persoonlijke en zakelijke rechten waardoor de destijds zo scherpe tegenstelling tussen deze categorieën belangrijk wordt afgezwakt.⁸

Op één van de door Hartkamp genoemde onderwerpen, de regeling van de nietigheden, wordt hierna nog uitvoerig ingegaan.

Eerst dienen de begrippen differentiatie en integratie in hun onderlinge verhouding nader te worden onderzocht.

Wat bedoelen wij als wij spreken over differentiatie in het privaatrecht? In de eerste plaats gaat het hier om het gelijktijdig naast elkaar bestaan van min of meer soortgelijke regelingen voor dezelfde rechtsfiguren, waarbij de belanghebbenden veelal de vrijheid van rechtskeuze hebben. Men zou hier van externe differentiatie kunnen spreken. Nu kan het hier gaan om naast elkaar staande regelsystemen die uit verschillende bron afkomstig zijn, zoals de diverse nationale rechtssystemen waarbij de rechtskeuze veelal onbeperkt is behoudens voor zo ver de openbare orde of fundamentele nationale belangen een rol gaan spelen.⁹ Ook daar waar door middel van verdragen gestreefd wordt naar meer eenheid in het internationale rechtsverkeer, wordt toch veelal de rechtskeuze, gehandhaafd. Genoemd kunnen worden het EEG-verdrag inzake het recht van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst van 1980, met name art. 3 lid 3, art. 17 van het EEG executieverdrag welk artikel aan partijen bij een overeenkomst de bevoegdheid laat een gerecht aan te wijzen dat in afwijking van de bij het verdrag aangewezen rechter bij uitsluiting bevoegd zal zijn tot kennisneming van eventuele geschillen of art. 3 van de Eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken welk artikel partijen vrij laat om de toepasselijkheid van deze wet geheel of ten dele uit te sluiten.

Onder het hoofd differentiatie kan ook gewezen worden op rechtsverhoudingen tussen de overheid en de burger waar privaatrecht en bestuursrecht elkaar raken, en waar het soms de overheid is die kiest voor een privaatrechtelijke overeenkomst wanneer ook toepassing van het bestuursrecht mogelijk zou zijn geweest. Dit kan er soms toe leiden dat de overheid, na eerst op voet van gelijkheid een overeenkomst te hebben aangegaan, vervolgens als overheid eenzijdig ingrijpt in de bestaande rechtsverhouding op grond van haar beleidsvrijheid bij de behartiging van het algemeen belang.¹⁰

Van interne differentiatie spreken wij niet alleen wanneer op eenzelfde rechtsverhouding verschillende rechtsregels kunnen worden toegepast maar ook wanneer in het contractenrecht, voor zo ver partijen daarin autonoom zijn, van de wet afwijkende regelingen worden overeengekomen. Zo kunnen algemene voorwaarden of standaardvoorwaarden in afwijking van het gemene recht de inhoud van een bepaalde overeenkomst, of het nu koop, huur, aanne-

ming van werk of het verrichten van diensten betreft, in vergaande mate bepalen. Zoals reeds is opgemerkt worden de standaardvoorwaarden in een afzonderlijke afdeling 6.5.2A NBW uitvoerig geregeld, waarmee de differentiatie op dit gebied nog eens uitdrukkelijk wordt erkend, zij het dat marginaal ook op dwingende wijze wordt ingegrepen, maar dan is er geen sprake meer van differentiatie maar integendeel van integratie. Voor zo ver standaardvoorwaarden tot meer eenvormigheid leiden werken zij integratie in de hand.

Een andere vorm van differentiatie is die welke verband houdt met de aard van de regel. In volgorde van rechtskracht kunnen genoemd worden bepalingen uit internationale verdragen met rechtstreekse werking¹¹, bepalingen van Nederlandse openbare orde, algemene rechtsbeginselen voor zover ten grondslag liggend aan wettelijke regelingen, bepalingen van dwingend recht, jurisprudentierecht, regeland recht, gewoonterecht en het op overeenkomst berustende zelf gekozen recht.

In het algemeen kan gesteld worden dat overal waar de wetgever kiest voor regeland recht, de differentiatie een feit is omdat partijen dan immers de vrijheid hebben hun eigen regeling in de plaats van de wettelijke regeling te stellen, terwijl de rechter ingevolge art. 6.1.1.2 lid 1 de vrijheid heeft om een bepaling van regeland recht niet toe te passen wanneer dit tot onaanvaardbare resultaten zou leiden.

In bijzondere gevallen kan de rechter zelfs bepalingen van dwingend recht buiten toepassing laten maar dan moet er sprake zijn van strijd met een bepaling of een beginsel van hoger orde, zodat wij dan niet meer van differentiatie maar juist van integratie dienen te spreken.

Hieruit volgt echter niet zonder meer dat algemene rechtsbeginselen geen betekenis kunnen hebben voor de differentiatie, ook al zijn er tal van rechtsbeginselen in het privaatrecht die volgens sommigen tautologieën zijn en volgens anderen nauwelijks van elkaar verschillen.¹² Een keuze is dan niet langer relevant. Met name zou dit gelden voor beginselen als redelijkheid, redelijkheid en billijkheid, de vertrouwensregel, ook wel het rechtszekerheidsbeginsel genoemd en de zorgvuldigheidsnorm.

Nog in 1947 kon J. Wiarda naar aanleiding van de omschrijving van Paul Scholten van rechtsbeginselen 'als de grondgedachten welke in en achter ieder in wetsvoorschriften en rechterlijke uitspraken belichaamd rechtssysteem liggen', als belangrijkste vraag opwerpen in hoeverre rechtsbeginselen als rechtsbron zijn te beschouwen¹³, maar de rechtsontwikkeling heeft sedertdien niet stilgestaan.

Volgens de formulering van het in 1954 vastgestelde art. 5 lid 2 Inl. titel geldt de toepassing van rechtsbeginselen die aan wetsvoorschriften ten grondslag liggen als toepassing van die voorschriften welke toepassing slechts geoorloofd is als de wet niet rechtstreeks in het gegeven geval voorziet. Daarmee zijn rechtsbeginselen dus als bron van aanvullend recht erkend. Van niet minder

belang is art. 93 van de herziene grondwet, waarin als geldend recht worden erkend bepalingen uit internationale overeenkomsten die naar inhoud een ieder kunnen binden. Tot deze bepalingen kunnen ook algemene rechtsbeginselen behoren. Tenslotte is er art. 99 lid 2 RO zoals gewijzigd in 1963, waardoor schennis van het recht als zelfstandige cassatiegrond is erkend.

Voor zover er sprake is van rechtsbeginselen van gelijke rangorde, en van aanvullende werking van deze beginselen, wordt daardoor de bestaande differentiatie in regelgeving vergroot.

Een weer ander aspect van differentiatie houdt verband met de rechtsdogmatiek of de juridische begripsvorming. Op eenzelfde feitencomplex kan soms meer dan één rechtsfiguur toepasselijk zijn. Zonder hier een uitputtende opsomming te kunnen geven, wijs ik op het samen kunnen gaan van rechtsmisbruik en onrechtmatige daad bij hinder, op de keuzemogelijkheid tussen een algemene actie uit wanprestatie of een bijzondere actie, tussen de gewone 'actio pauliana' en de 'faillissementspauliana', naast een mogelijke actie onrechtmatige daad, en tenslotte de voor de praktijk zo belangrijke samenloop tussen de actie uit wanprestatie en die uit onrechtmatige daad.¹⁴ Een verwant vraagstuk is dat van de openheid of geslotenheid van het systeem van ons verbintenissenrecht. Bij volledige openheid is de differentiatie in beginsel maximaal. Blijkens de artt. 6.1.1.11 en 6.5.1.1 kent het NBW een gesloten systeem inzake de verbintenis uit de wet en een open systeem inzake de verbintenis uit overeenkomst. De enige eis die de wet aan de overeenkomst stelt is dat zij niet in strijd met de wet mag zijn en dat zij bepaalbaar moet zijn.¹⁵

Een belangrijke mate van differentiatie in juridische begripsvorming kan er toe bijdragen dat als gevolg van kwalificatieproblemen de rechtsdogmatiek een eigen leven gaat leiden, dat de voorspelbaarheid van beslissingen afneemt ten nadele van de rechtszekerheid en dat ook de herkenbaarheid van de in het rechtssysteem aanwezige normatieve momenten, geringer wordt. Bevat een gedifferentieerde regeling veel bepalingen van dwingend recht, dan bevindt de rechter zich in een keurslijf waardoor het vinden van een aanvaardbare oplossing bemoeilijkt kan worden.

Maar ook indien de differentiatie bestaat in een grote keuzevrijheid van partijen, kunnen er spoedig toetsingsproblemen ontstaan, met name wanneer de door partijen terzijde gestelde regeling bepalingen van openbare orde of dwingend recht bevatte.

Een ander probleem dat met een ruime mate van differentiatie samenhangt, is dat van de hanteerbaarheid van het recht.

Hanteerbaarheid heeft iets gemeen met rechtszekerheid maar zij valt daarmee niet samen. G.J. Scholten heeft opgemerkt dat de hanteerbaarheid van het recht gevaar loopt wanneer een wettelijke regeling meer problemen oproept dan zij oplost. Hij wijst op de bezitsacties uit het BW die als gevolg van de ontwikkeling van het kort geding en de actie uit onrechtmatige daad minder

goed bruikbaar zijn geworden. E. Korthals Altes verstaat onder hanteerbaarheid van het recht vooral de bruikbaarheid. Een rechtsregel mag volgens hem niet zo genuanceerd zijn of geperfectioneerd dat de toepassing er van te veel tijd en moeite vergt in verhouding tot het rendement van de regel. Nuancering van rechtsregels kan volgens hem allerlei problemen van afgrenzing oproepen. Dit kan weer langdurige en ingewikkelde procedures tot gevolg hebben die bij een meer globale regeling niet zouden zijn voorgekomen. Tenslotte bepleit hij een ruimere toetsingsmogelijkheid in cassatie, hetgeen voor de rechtseenheid bevorderlijk zou kunnen zijn.¹⁶

Samenvattend kan gesteld worden dat differentiatie als rechtsverfijning een nuttige functie kan hebben doordat met relevante verschillen rekening wordt gehouden. Niettemin kan zij gemakkelijk tot onhanteerbaarheid van een regeling leiden, terwijl ook de eenheid van norm verloren kan gaan wanneer in de nuancering van de regel de normatieve werking van het achter de hoofdregel staande rechtsbeginsel onherkenbaar wordt. Voor zover differentiatie bestaat in het naast elkaar bestaan van verschillende regelingen waaruit gekozen kan worden, kunnen zich toetsingsproblemen voordoen terwijl daarnaast ook het vraagstuk van de samenloop zijn tol kan eisen. Tenslotte heeft differentiatie in de juridische begripsvorming in sommige gevallen geleid tot het verloren gaan van de band tussen de rechtsdogmatiek en de werkelijkheid zoals het geval is geweest met een groot aantal causaliteitstheorieën.¹⁷ Uiteindelijk heeft de wetgever hier gekozen voor de 'toerekening naar redelijkheid' waardoor in de toekomst integratieve rechtsvorming verzekerd lijkt, zoals wij nog zullen zien.

Terwijl bij differentiatie het recht zich steeds verder in horizontale richting vertakt, zien wij bij integratie het omgekeerde verschijnsel, met name een herkenbare innerlijke samenhang, beheerst door enkele normatieve grondprincipes.

Integratie betekent niet dat de grenzen tussen de verschillende rechtsinstututen worden uitgewist, maar wel dat deze grenzen systematisch in kaart worden gebracht en onderling verbonden zodat onoplosbare conflicten tussen regelingen van gelijke rangorde zo veel mogelijk kunnen worden voorkomen. Evenals bij differentiatie kan ook hier gesproken worden van externe en interne integratie.

Als externe vormen van integratie kunnen genoemd worden de verschillende verdragen waarbij Nederland partij is. Ingevolge art. 164 van het EEG-verdrag vormt de rechtspraak van het Hof van Justitie een belangrijke integratieve factor, zowel voor de uitleg van de verdragsbepalingen als bij het geven van prejudiciële beslissingen ingevolge art. 177 van het verdrag. Een voorbeeld van de uniformerende werking vormen de EEG richtlijnen op het gebied van het vennootschapsrecht. Deze richtlijnen hebben op tal van punten

tot aanpassing van onze wetgeving geleid.¹⁸

Daarnaast moeten genoemd worden instellingen als het internationaal instituut voor de unificatie van het privaatrecht te Rome, werkzaam sinds 1928 hetwelk zich bezig houdt met de eenmaking van het materiële privaatrecht en het werk van de Haagse conferentie voor internationaal privaatrecht. Met betrekking tot de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten betreffende roerende lichamelijke zaken en de regeling van deze overeenkomsten zelf, is de integratie inmiddels een feit.¹⁹

Op het gebied van de interne integratie kan o.m. gewezen worden op de harmonisatie van standaardregelingen in de bouw²⁰, de overeenkomsten tussen schadeverzekeraars betreffende de regels aan de hand waarvan geschillen omtrent wettelijke aansprakelijkheden zullen worden opgelost²¹, en het algemeen verbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten.

Een belangrijke integratieve factor wordt gevormd door de rechtskracht die de wetgever aan een regeling verbindt. Is er sprake van bepalingen van openbare orde of goede zeden, dan wordt overtreding hiervan doorgaans met nietigheid bedreigd. Maar ook in die gevallen waarin van dwingend recht sprake is, hetgeen volgens de wettelijke omschrijving er toe leidt dat partijen de wettelijke regeling niet kunnen uitsluiten, kan de integratie worden bevorderd mits de openheid van het systeem geen geweld wordt aangedaan.

Immers, juist in het geval van een dwingende regeling kan het voorkomen dat het resultaat in een concreet geval dermate onaanvaardbaar wordt, dat de rechter op grond van een algemeen rechtsbeginsel met een sterkere werking de concrete bepaling geheel of ten dele buiten toepassing laat.

Maar daarmee zijn wij toegekomen aan de betekenis van de rechtspraak als integratieve factor bij uitnemendheid. Het is vooral de precedentwerking van de cassatierechtspraak geweest waardoor de toepassing van algemene rechtsbeginselen in het privaatrecht een hoge vlucht heeft genomen, een ontwikkeling die door de wetgever eerst in 1963 door de wijziging van art. 99 lid 2 RO is gehonoreerd. De algemene rechtsbeginselen kunnen worden onderscheiden in formele en materiële beginselen. De formele hebben betrekking op de wijze waarop de rechter de wet toepast en zijn beslissingen inkleedt.²² Het gaat hier om de beginselen van een redelijke wettoepassing en een behoorlijke motivering.²³ Daarnaast kan nog genoemd worden het beginsel van een behoorlijke procedure waaronder stellig ook valt te rekenen het recht doen binnen een redelijke termijn. Iedere rechterlijke beslissing vraagt naar haar aard om generalisering aangezien alleen zo aan het verwijt van willekeur of subjectivisme kan worden ontkomen. Daarom neemt de toetsing van een beslissing aan materiële rechtsbeginselen zo'n belangrijke plaats in.

In het NBW is een aantal algemene rechtsbeginselen geformuleerd die respectievelijk op het zakenrecht, het procesrecht en het verbintenissenrecht kunnen worden toegepast zodat daarmee het gehele terrein van het privaatrecht

recht wordt bestreken. Deze beginselen kunnen niet slechts een aanvullende maar ook een beperkende werking hebben.

Als eerste beginsel valt te noemen de redelijkheidsnorm die aan het begrip 'rechtsmisbruik' of 'misbruik van bevoegdheid' ten grondslag ligt. De regel is thans opgenomen als art. 3.1.1.14 en zij houdt een verbod in een bevoegdheid te misbruiken. Misbruik doet zich voor wanneer een bevoegdheid wordt gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend, of wanneer zij wordt gebruikt met geen ander doel dan schade aan een ander toe te brengen. De voor de rechtspraak belangrijkste categorie van misbruik is echter die waarbij de rechthebbende in redelijkheid niet tot uitoefening van zijn bevoegdheid had behoren te komen bij afweging van het belang aan rechtsuitoefening verbonden en de schade door die uitoefening aan derden toegebracht. Deze bepaling houdt de eis in dat ieder die van zijn recht gebruik wil maken om daarmee enig belang te dienen, zich moet afvragen of hij daarmee aan derden geen nadeel toebrengt. Blijkt dit het geval en is dit nadeel aanmerkelijk groter dan het beoogde eigen voordeel, dan kan rechtsuitoefening ongeoorloofd worden. De wet stelt echter niet de eis dat het belang dat wordt nagestreefd even groot moet zijn als het nadeel dat derden hierdoor zullen lijden. Dit is ook redelijk omdat de subjectief gerechtigde nu eenmaal door het enkele feit dat hij tot uitoefening van een bepaald recht bevoegd is, een zekere voorrang geniet zonder welke zijn recht nauwelijks enige waarde zou hebben. Aan de uitoefening van de meeste rechten is nu eenmaal enig nadeel voor derden verbonden. Als ik een huis bouw op eigen grond met inachtneming van de bouwvoorschriften, zal dit in de meeste gevallen betekenen dat daardoor licht, en/of uitzicht voor een naburig huis enige beperkingen zullen ondergaan. Er ontstaat eerst dan misbruik wanneer ik zonder enig bezwaar het huis zodanig zou kunnen laten bouwen dat daardoor het nadeel voor de buurman geheel of grotendeels zou worden opgeheven, maar ik zou dit weigeren. Wij vinden de misbruikregel terug in art. 3.11.8 NBW bepalende dat zonder voldoende belang aan niemand een rechtsvordering toekomt, hetgeen voor het burgerlijk proces van niet te onderschatten betekenis is. Nadat de Hoge Raad reeds bij arrest van 26-6-1959²⁴ had beslist dat een in de laatste ogenblikken van een beroepstermijn ingesteld beroep in cassatie van een in conventie gewezen vonnis met als doel het de wederpartij onmogelijk te maken harerzijds van het vonnis in reconventie nog tijdig beroep in te stellen, niet ontvankelijk was op grond van misbruik van procesrecht, heeft de HR bij arrest van 17-12-82 (RvdW 1983 afl. 3) beslist dat een procespartij als geïntimeerde in hoger beroep in casu geen redelijk belang had zich te verzetten tegen herstel van een door de appellant gemaakte procedurefout, t.w. het te laat ter rolle laten inschrijven van de zaak nadat op zichzelf tijdig hoger beroep was ingesteld.

De HR stelt voorop het grote belang van de rechtszekerheid dat gediend wordt door de wettelijke bepaling dat niet tijdige inschrijving vóór de rechts-

dag waartegen was gedagvaard, niet ontvankelijkheid van de appellant tot gevolg heeft.

Nu de wederpartij geen blijk had gegeven de grootste spoed te willen betrachten door van haar recht op anticipatie gebruik te maken kon zij zich niet achteraf in redelijkheid verzetten toen de appellant zo spoedig als dit redelijkerwijs mogelijk was het verzuim herstelde.

Wij zien hier een zuivere toepassing van de belangenafweging. Zou immers de verweerder zijnerzijds wel tijdig stappen ondernomen hebben om de zaak in hoger beroep zo veel mogelijk te bespoedigen, daarmee te kennen gevende dat hij daarbij belang had, dan zou de uitspraak van de HR hoogst waarschijnlijk anders hebben geluid, ook al zou het belang van appellant bij herstel van de fout groot zijn geweest. Een andere concretisering van de misbruikregel is te vinden in art. 5.1.1.2 NBW bepalende dat het een eigenaar van een zaak vrijstaat daarvan gebruik te maken mits, voorzover hier van belang, de op regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen in acht worden genomen. Uit de parlementaire geschiedenis bij dit artikel blijkt dat men willekeur van de eigenaar heeft willen uitsluiten en dat het gebruik dat van een zaak wordt gemaakt, te rechtvaardigen moet zijn.²⁵ Tot zo ver over de redelijkheidsnorm die eist dat men van zijn recht of bevoegdheid geen onredelijk gebruik maakt.

Met betrekking tot verbintenissen bepaalt art. 6.1.1.2 in het algemeen dat schuldeiser en schuldenaar zich jegens elkaar dienen te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid, de nieuwe term voor het uit het BW bekende begrip 'goede trouw in objectieve zin', waarvan de artt. 1374 lid 3 en 1375 de belichaming vormen. Terwijl in het bestaande recht alleen overeenkomsten en daarmee gelijk te stellen partijverhoudingen onder de werking van de goede trouw vallen, is deze norm in het nieuwe verbintenissenrecht uitgebreid tot alle verbintenissen.²⁶ Men kan dus nu op eenvoudige wijze vaststellen op welke rechtsverhoudingen 'redelijkheid en billijkheid' van toepassing zijn. De drie categorieën die buiten de werking van deze norm vallen zijn de verhouding van subjectief gerechtigden tegenover derden, de verhouding tussen procederende partijen en de verhoudingen in het maatschappelijk verkeer waar geen bijzondere rechtsband aanwezig is. Op de eerste twee categorieën is de redelijkheidsnorm van toepassing, op de laatste de maatschappelijke verkeersnorm bij uitstek, veelal de zorgvuldigheidsnorm genoemd. Maar, zal men geneigd zijn te vragen, is er wel een deugdelijke rechtsgrond om tussen deze open normen, waarvan de invulling slechts in een concreet geval mogelijk is, zo veel verschil te maken. Ik meen van wel. Het duidelijkst blijkt dit bij toepassing van 'redelijkheid en billijkheid' bij overeenkomsten en quasi-contractuele verhoudingen zoals onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking.

Bij contractuele verhoudingen behoort men in sterker mate met de belangen van de wederpartij rekening te houden dan bij de redelijkheidsnorm het

geval is. Er zijn immers verwachtingen gewekt dat men de overeenkomst op een behoorlijke wijze ten uitvoer zal leggen. Dit houdt echter nog niet in, buitengewone gevallen daargelaten, dat men de eigen belangen niet zwaarder mag laten wegen dan die van de wederpartij. Immers, in dat geval zouden veel overeenkomsten nooit gesloten worden bij gebreke van economisch motief. Men kan het ook omdraaien en stellen dat iemand van zijn contractspartner niet meer mag verwachten dan een behoorlijke uitvoering van de overeenkomst. Bij de vaststelling van wat behoorlijk is wordt o.m. gelet op de in het verkeer geldende opvattingen. Deze kunnen wel degelijk inhouden dat een partij geen al te hoge verwachtingen mag hebben. Zo is er blijkens art. 6.5.2.11 NBW geen onbepaalde mededelingsplicht zodat niet elk nadeel dat een gevolg is van te weinig informatie voor rekening van de wederpartij van de dwalende komt. In de omgangstaal zegt men niet ten onrechte: 'alle waar is naar zijn geld'.

Het begrippenpaar 'redelijkheid en billijkheid' moet blijkens de parlementaire geschiedenis worden opgevat als een hendiadys, dat is een begrip dat uit twee verwante begrippen is opgebouwd maar daarbij een eigen betekenis krijgt.²⁷ Als nu de redelijkheid een marginale toetsing gebiedt en de billijkheid blijkens art. 7 van de inleidende titel een resultaats-toetsing, gericht op een voor de betrokkenen gelijk resultaat, komt aan de koppeling van beide begrippen de betekenis toe van en tussen marginale en volledige toetsing gelegen maatstaf van belangenafweging hetgeen in overeenstemming is met de eisen van praktijk.²⁸

Als derde open norm met integratieve werking is de zorgvuldigheidsnorm genoemd. Deze norm vormt de grondslag voor de aansprakelijkheid bij onrechtmatige daad en zij is de open norm bij uitstek omdat anders dan bij uitoefening van een subjectief recht of de nakoming van een overeenkomst er hierbij in het algemeen geen vast omlijnde juridische relatie is anders dan een relatie tussen gelijken. De mate van zorgvuldigheid die men moet betrachten wordt zo veel mogelijk geobjectiveerd. Zo rust op automobilisten in het verkeer een extra zorgvuldigheidplicht tegenover zeer jonge kinderen.²⁹ De hoofdregel die hieruit kan worden afgeleid is dat men in het maatschappelijk verkeer tegenover derden eenzelfde mate van zorg moet hebben als die welke men in de omgekeerde situatie van anderen verwacht. In de relatie overheid-burger betekent dit dat de zorg voor de rechten van de burgers een onderdeel is van de behartiging van het algemeen belang dat immers niet kan worden losgemaakt van de individuele rechtsbescherming.

De rechtsgrond van de zorgvuldigheidsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel en met name op de gedachte dat iedere deelnemer aan het maatschappelijk verkeer wederkerig op een gelijke behandeling aanspraak kan maken tenzij uit een bijzondere rechtsbetrekking een andere verhouding dan die tussen gelijken moet volgen, zoals onder meer het geval is bij gezagsverhou-

dingen, bij de uitoefening van subjectieve rechten tegenover derden en in de contractuele relatie op grond van gewekte verwachtingen.

Daarmee zijn wij toegekomen aan het laatste hier te bespreken algemene rechtsbeginsel, te weten het vertrouwensbeginsel, ook wel het rechtszekerheidsbeginsel genoemd. Dit beginsel is volgens art. 3.2.3 toepasselijk als iemand een verklaring of gedraging in een bepaalde situatie mocht opvatten als een tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, hoewel in werkelijkheid een daarmee overeenstemmende wil ontbrak. Het geldt niet alleen voor overeenkomsten maar voor alle vermogensrechtelijke rechtshandelingen. Blijkens de toelichting op het artikel is de vraag hoe men een gedraging redelijkerwijs mocht opvatten, een rechtsvraag en geen feitelijke vraag zodat de rechter hierover zelfstandig kan beslissen.³⁰

De vertrouwensregel kan gezien worden als een combinatie van het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel in zover men er in het maatschappelijk verkeer als persoon aanspraak op kan maken om eerlijk tegemoet te worden getreden en het evenredigheidsbeginsel in zover verwachtingen eerst gerechtvaardigd zijn wanneer deze gerelateerd kunnen worden aan de in het concrete geval aan de orde zijnde belangen en hun onderlinge waardering.

Hoe dit ook zij, van de hier genoemde algemene rechtsbeginselen in het privaatrecht gaat een normerende en daarmee integrerende werking uit. Van Gerven heeft voorgesteld de hier genoemde beginselen onder één noemer te brengen, t.w. de noemer van het behoorlijk handelen, maar ik kan hem hierin niet volgen. Het beginsel van behoorlijk handelen is als zodanig volkomen onomlijnd. Wil men in het juridisch normensysteem op adequate wijze kunnen toetsen dan zullen de maatstaven moeten worden toegesneden op de specifieke situaties waarvoor zij hebben te gelden. Dit betekent dat men met één beginsel niet uitkomt omdat er in het recht een fundamenteel onderscheid bestaat tussen verhoudingen van gelijkheid en ongelijkheid, tussen het uitoefenen van eigen recht of van een vertegenwoordigende functie, tussen partijautonomie en de eisen van het algemeen belang.³¹

Het privaatrecht kan eerst aan zijn doel beantwoorden wanneer aan zinvolle verschillen wordt recht gedaan hetgeen betekent dat differentiatie en integratie bij de regelgeving zich op evenwichtige wijze tot elkaar dienen te verhouden. Aan de hand van een aantal voorbeelden uit het NBW met name de regeling van de nietigheden, de onrechtmatige daad en de ontbinding van de overeenkomst wegens onvoorziene wijziging van omstandigheden, zal achtereenvolgens worden gezien in hoeverre er in het NBW van een evenwichtige verhouding kan worden gesproken.

Het vraagstuk van de nietige rechtshandeling is volgens Schut zo gecompliceerd dat men wel spreekt van de doolhof der nietigheden.³² Ten dele wordt dit veroorzaakt door de vaak onduidelijke en zelfs tegenstrijdige terminologie in ons huidige BW, waar de begrippen nietigheid en vernietigbaarheid soms door elkaar gebruikt worden, ten dele echter ook door de gecompliceerdheid van de problemen die zich bij de regeling van de geldigheid van rechtshandelingen en van de gevolgen van ongeldigheid kunnen voordoen.

Het gaat hierbij immers om de bescherming van soms tegenstrijdige belangen zoals de belangen van de handelingsonbekwame, de wederpartij die moet weten waar hij aan toe is, de derde te goeder trouw die is afgegaan op hetgeen voor hem kenbaar was, nl. de schijn van een geldige rechtshandeling en tenslotte de belangen van rechtszekerheid voor zover het betreft de vorm van rechtshandelingen en van de openbare orde of goede zeden wanneer het gaat om de inhoud.

De regeling van de nietigheden in het NBW bevat tal van verbeteringen ten opzichte van het bestaande recht. Zo is er allereerst het consequent volgehouden onderscheid tussen de nietigheid van rechtswege en de vernietigbaarheid. Daarnaast het streven om de nietigheden wat terug te dringen en de gevolgen ervan te beperken.

Toch is de nieuwe regeling niet zonder kritiek gebleven.³³ Uiteraard is het onmogelijk om hier op deze soms sterk beargumenteerde kritische opmerkingen in te gaan maar ik wil mij er toe beperken op twee onderdelen van de wettelijke regeling wat nader in te gaan, en wel op de regeling van de rechtsgevolgen van rechtshandelingen door onbekwamen volgens art. 3.2.1 NBW en op de regeling van de nietigheid van rechtshandelingen wegens strijd met openbare orde of goede zeden, zoals voorzien in de artt. 3.2.7 en 3.2.7a NBW. Bij de regeling van de rechtsgevolgen van rechtshandelingen verricht door handelingsonbekwamen, hetzij minderjarigen of ondercuratelegestelden, wordt onderscheid gemaakt tussen eenzijdige rechtshandelingen die niet tot een persoon zijn gericht, b.v. een testament, eenzijdige gerichte rechtshandelingen, b.v. opzegging van een overeenkomst en meerzijdige rechtshandelingen. De eenzijdige ongerichte rechtshandeling is steeds nietig, de gerichte eenzijdige rechtshandeling is vernietigbaar tenzij de wederpartij terstond aan de onbekwame of diens wettelijke vertegenwoordiger te kennen heeft gegeven haar als ongeldig te beschouwen in welk geval nietigheid intreedt. Tenslotte is de meerzijdige rechtshandeling van de onbekwame slechts vernietigbaar. Van Schilfgaarde heeft er reeds op gewezen dat vernietiging van een rechtshandeling door een buitengerechtigde verklaring tot eindeloze complicaties kan leiden als deze verklaring zelf weer door een onbekwame wordt afgelegd of op andere wijze aan duidelijkheid te wensen overlaat.³⁴ De wet geeft im-

mers geen vormvoorschriften voor deze verklaring. Aan de bestaande onzekerheid is dus een nieuwe onzekerheid toegevoegd. Het probleem wordt veroorzaakt door de keuze van de wetgever om de eenzijdige rechtshandeling van onbekwamen zonder meer als nietig aan te merken. Naar aanleiding van in het Voorlopig Verslag geuite kritiek is bij wijze van compromis een tussenoplossing voorgesteld nl. door de eenzijdige gerichte rechtshandeling vernietigbaar te maken tenzij de wederpartij terstonds te kennen geeft haar als ongeldig te beschouwen.³⁵ Van Schilfgaarde stelt voor de buitengerechtelijke verklaring van onbekwamen zonder meer uit te sluiten, doch het is de vraag of daarmee het probleem wordt opgelost. Het komt nu eenmaal steeds meer voor dat minderjarigen, vooral als zij zelfstandig wonen, met elkaar overeenkomsten sluiten, waaronder ook overeenkomsten zoals huur en onderhuur, waarbij opzeggingen regelmatig kunnen voorkomen.

Een veel eenvoudiger oplossing zou zijn om geen verschil meer te maken tussen eenzijdige en meerzijdige rechtshandelingen en deze zonder onderscheid vernietigbaar te maken. Wat zou er b.v. tegen zijn om een onderhandse uiterste wilsbeschikking van een zeventienjarige niet met nietigheid te bedreigen nu deze toch altijd eenzijdig herroepbaar is en ingevolge art. 4.3.5.7 een beperkte gelding heeft. Het is immers niet denkbeeldig dat de minderjarige die b.v. met anderen samenwoont in geval van overlijden aan medebewoners persoonlijke bezittingen wil nalaten. Uit de omstandigheid dat de minderjarige na de 18-jarige leeftijd te hebben bereikt, deze wilsbeschikking niet herroept, kan immers bekrachtiging worden afgeleid, conform art. 3.2.20 lid 2, mits in dit artikellid de term 'meerzijdige rechtshandeling' wordt gewijzigd in 'rechtshandeling'. Door het afschaffen van de buitengerechtelijke verklaring van de wederpartij van de onbekwame wordt de regeling sterk vereenvoudigd terwijl dit niet hoeft te betekenen dat de wederpartij daardoor wordt benadeeld. Een wederpartij bij een eenzijdig gerichte rechtshandeling van een minderjarige kan na de ontdekking van de onbekwaamheid, als bij benadeling vreest of onzekerheid als gevolg van de mogelijke vernietiging van deze handeling, met een beroep op dwaling de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst aantasten. Was hij echter reeds op de hoogte van de onbekwaamheid, dan is er geen reden hem nu plotseling te beschermen tegen opzegging door een onbekwame van een reeds vernietigbare overeenkomst. In de toelichting op art. 3.2.1 van het oorspronkelijk ontwerp wordt als motivering voor de sanctie van nietigheid bij eenzijdige rechtshandelingen van onbekwamen gesteld dat daarbij gewoonlijk de belangen van meer personen zijn betrokken, waarbij als voorbeelden worden genoemd afstand van een gemeenschap, verwerping van een nalatenschap en afstand van recht in het algemeen. Nu zal de onbekwame in de meeste van de hier genoemde gevallen een wettelijke vertegenwoordiger hebben.

Dit heeft tot gevolg dat telkens als er van een authentieke akte sprake is, de

noodzakelijke medewerking van de wettelijke vertegenwoordiger nietigheid uitsluit. Mocht een wettelijke vertegenwoordiger eerst in functie komen nadat er een eenzijdige rechtshandeling heeft plaats gevonden, dan kan deze alsnog vernietiging vorderen als daartoe termen zijn. Blijven de gevallen waarin de onbekwame geen wettelijke vertegenwoordiger heeft. Denkbaar is dat de eenzijdige handeling nadelig is voor de onbekwame en dus ten onrechte voordelig voor derden. Wat is er dan tegen als nadien de inmiddels handelingsbekwame alsnog vernietiging vraagt. De onmiddellijk belanghebbenden kunnen immers ingevolge art. 3.2.18 de termijn van 3 jaar verkorten waarbinnen de ex-onbekwame vernietiging kan vorderen. Blijft over het geval dat de eenzijdige handeling in het voordeel is van de onbekwame. Er is dan geen dringende reden om deze handeling van rechtswege nietig te verklaren. Benadeelde schuldeisers tenslotte kunnen ingevolge 3.2.11, de actio Pauliana, in het algemeen vernietiging vorderen in geval van het prijsgeven van rechten door de onbekwame.

Een en ander laat m.i. geen andere conclusie dan dat de ontwerper onvoldoende zwaar wegende gronden heeft aangevoerd om het verschil in rechtsgevolg tussen eenzijdige en meerzijdige rechtshandelingen van onbekwamen te handhaven, nu uit systematisch oogpunt een uniforme regeling tot betere hanterbaarheid leidt. Er mag immers niet uit het oog worden verloren dat ook de sanctie van nietigheid geen effect sorteert wanneer de naastbetrokkenen de handeling als rechtsgeldig beschouwen. Dit betekent dat in gevallen waarin de openbare orde of de goede zeden niet betrokken zijn, men de rechtsbescherming beter aan betrokkenen zelf kan overlaten.

Een laatste argument tegen de nietigheid van eenzijdige rechtshandelingen van onbekwamen voor zover het minderjarigen betreft, valt te ontleen aan wetsontwerp 15417, volgens welk ontwerp aan de minderjarige geen beroep op handelingsonbekwaamheid bij meerzijdige rechtshandelingen toekomt wanneer deze redelijkerwijs, gelet op maatschappelijk gebruik en omstandigheden door de rechtshandeling gebonden moet worden geacht, hetgeen zich onder omstandigheden ook bij eenzijdige rechtshandelingen kan voordoen.

Een ander punt van kritiek betreft de regeling van de gevolgen van nietigheid bij rechtshandelingen in strijd met de goede zeden. De regeling volgens art. 3.2.7 lid 1 NBW houdt in dat bij overeenkomsten waarvan de inhoud of de strekking ongeoorloofd is, geen verbintenissen ontstaan hetgeen uiteraard betekent dat geen nakoming kan worden gevorderd maar ook dat hetgeen is gepresteerd, als onverschuldigd betaald kan worden teruggevorderd. Evenmin als het bestaande BW kent het NBW de Romeinsrechtelijke regel: 'nemo turpitudinem suam allegans audiat', d.w.z. dat hetgeen onzedelijk is gepresteerd, niet kan worden teruggevorderd. Tot welke ongewenste resultaten het ontbreken van deze regel kan leiden kan o.m. blijken uit het arrest van de HR

van 19-12-1946.³⁶ Een slager en een bakker hadden elkaar tijdens de Duitse bezetting met overtreding van de distributiebepalingen vlees, resp. banket geleverd, waarbij de bakker aan de slager nog f 2.500,- toebetaalde. Na de oorlog eiste de bakker de door hem aan de slager betaalde f 2.500,- terug, stellende dat de overeenkomst een geoorloofde oorzaak miste, derhalve nietig was, zodat er van onverschuldigde betaling sprake was. De slager verweerde zich o.m. met een beroep op de *nemo turpitudinem*-regel maar tevergeefs. Meyers merkt in zijn noot op dat het resultaat onbevredigend is maar dat voor een ander resultaat wetswijziging nodig zou zijn. Het NBW brengt in deze materie in zo verre een nuancering aan dat volgens art. 6.4.2.9 NBW terugvordering van het betaalde is uitgesloten als de verboden prestatie is uitgevoerd en niet ongedaan kan worden gemaakt en niet op geld kan worden gewaardeerd doch alleen voor zover terugbetaling in strijd is met redelijkheid en billijkheid. Het komt mij voor dat dit een ongelukkige bepaling is omdat hier het te verwachten verschil in waardering tot tegengestelde uitkomsten moet leiden.

De rechter krijgt hier door de partijen de bal toegespeeld vanuit buitenspelpositie. Het doelpunt verdient in ieder geval afkeuring, gelet op de motivering die art. 6.4.2.9 de rechter verplicht te geven, nl. afweging op grond van redelijkheid en billijkheid. Nemen wij als voorbeeld een variant op de zaak in de jurisprudentie bekend als de Goudse bouwmeester.³⁷ Stel dat de gemeente-architect de aannemer op diens verzoek in strijd met de toepasselijke voorschriften aan een bouwvergunning heeft geholpen en dat de aannemer hiertoe aan de gemeente-architect f 35.000,- heeft betaald. Nadat de bouw is voltooid krijgt de aannemer spijt – misschien is de bouw wel verliesgevend geweest – en hij vordert nu als blijkt dat hij weer op het rechte pad wil terugkeren zijn f 35.000,- terug. Zo op het oog is aan alle voorwaarden van art. 6.4.2.9 voldaan. Er is een nietige overeenkomst terwijl de gemeente-architect zich aan een ambtsmisdrijf, t.w. overtreding van art. 363 WvS, heeft schuldig gemaakt. Toch zal vrijwel niemand geneigd zijn om, zoals het huidige recht bepaalt, de vordering van de aannemer toe te wijzen. Maar daaruit volgt nog niet dat de grond voor afwijzing is gelegen in de redelijkheid en billijkheid, waarbij een belangenafweging tussen partijen de doorslag moet geven. In het historische geval besliste de HR namelijk dat de gemeente-architect, die het geld eigener beweging in de gemeentekas had gestort in de hoop op eervol ontslag, daarmee voldeed aan een natuurlijke verbintenis tegenover de gemeente, zodat toen uiteindelijk geen eervol ontslag werd verleend, terugvordering van het geld was uitgesloten. De HR besliste derhalve dat het geld aan de gemeente-architect niet toekwam. Maar hoe kan in een dergelijk geval de vordering van de aannemer dan stranden op grond van redelijkheid en billijkheid. Hier wreekt zich een tekort aan integratief denken van de ontwerper van art. 6.4.2.9. Uitgangspunt van een wettelijke regeling hoort te zijn dat onzedelijke overeenkomsten zoveel mogelijk worden voorkomen. Uit het oogpunt van de

rechtsorde gaat het daarbij niet in de eerste plaats om de op zichzelf neutrale handeling van het betalen van een geldsom maar om de verboden prestatie. De huidige regeling is in dit opzicht niet preventief want de uitlokker loopt civielrechtelijk geen enkel risico. Immers, hij kan op elk gewenst moment een vordering tot terugbetaling instellen, terwijl als de verboden prestatie aan betaling voorafging, hij iedere betaling kan weigeren. Er is maar één oplossing die ten opzichte van de uitlokker preventief werkt, nl. dat terugvordering van hetgeen uit hoofde van een verboden overeenkomst is betaald, steeds is uitgesloten, ongeacht de vraag of de prestatie is verricht. Maar hoe werkt de voorgestelde regel van art. 6.4.2.9 ten opzichte van de pleger? Volgens het NBW bestaat er onzekerheid. De pleger die zijn prestatie nog niet heeft uitgevoerd maar wel betaling heeft ontvangen, weet dat hij op vordering van de uitlokker moet terugbetalen. Dit verschaft hem een extra motief om de verboden prestatie te verrichten, in welk geval, hij wellicht met een beroep op redelijkheid en billijkheid de dans kan ontspringen. Indien echter de nemo turpitudinem-regel onverkort geldt, heeft hij na ontvangst van het geld geen reden om zijn onwettige toezegging gestand te doen, immers terugvordering is uitgesloten. Blijft de verboden handeling aldus achterwege, dan is de rechtsorde nauwelijks geschokt. Voor het geval de verboden prestatie wel is verricht en deze een strafbaar feit oplevert, kan via het strafrecht de bate van het delict worden verbeurd verklaard of straf worden opgelegd ter ontneming van het wederrechtelijk voordeel. Is er alleen sprake van een onrechtmatige daad tegenover derden tegen wie de onzedelijke gedraging was gericht, dan kan de ontvangen geldsom als verhaalsobject dienen.

De conclusie is derhalve dat art. 6.4.2.9 NBW ten onrechte een differentiatiemogelijkheid bevat en dat de regel zou behoren te luiden: 'Een vordering tot ongedaanmaking van een prestatie die op grond van een wegens strijd met de openbare orde of goede zeden nietige overeenkomst is verricht, is uitgesloten'.

Zou zich een geval voordoen waarin iemand geheel te goeder trouw aan een verboden prestatie meewerkt, zodat terugvordering wel op de billijkheid gebaseerd zou zijn, dan kan de rechter altijd nog op grond van art. 6.1.1.2 lid 2 de hier voorgestelde regel buiten toepassing laten. Daartoe zou b.v. aanleiding zijn wanneer de overeenkomst, indien rechtsgeldig, aanvechtbaar zou zijn geweest op grond van een wilsgebrek dan wel onbekwaamheid.³⁸

De onrechtmatige daad in het NBW

Hoewel de regeling van de onrechtmatige daad op zich zelf meer gedetailleerd is dan die in het huidige BW – zij is neergelegd in meer dan 30 soms zeer omvangrijke wetsartikelen – is toch de betekenis van de algemene rechtsbeginse-

len in vergelijking met het bestaande recht zodanig toegenomen dat de verhouding van differentiatie en integratie niet anders dan evenwichtig kan worden genoemd. De centrale bepaling inzake de rechtsgrond voor de te vergoeden schade, naast de onrechtmatigheidsvraag waarover aanstonds meer, is te vinden in art. 6.1.9.4, een bepaling die ook geldt voor schadevergoeding op grond van wanprestatie. De te vergoeden schade moet volgens dit artikel in zodanig verband staan tot de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dat deze gelet op de aard van de aansprakelijkheid en de schade als een gevolg van deze gebeurtenissen kan worden toegerekend. Anders gezegd, de vergoedingsplicht wordt gebaseerd op het beginsel 'toerekening naar redelijkheid'.³⁹

De ontwerpers hebben blijkens de toelichting niet gekozen voor een bepaalde causaliteitstheorie, zij gaan er van uit dat de gedraging 'conditio sine qua non' moet zijn voor de schade. Daarbij moet echter wel worden opgemerkt dat de toerekening van een gedraging een normatieve is zodat fysiek daderschap en aansprakelijkheid niet noodzakelijk behoeven samen te vallen zoals dit het geval kan zijn bij meervoudig daderschap.

Naast de *conditio sine qua non* is de waarschijnlijkheid van de schade op het moment van de handeling mede bepalend voor de aansprakelijkheid. Welke mate van waarschijnlijkheid is vereist, moet door de rechter worden beslist. De rechtsverhouding van partijen en de daarbij betrokken belangen zullen hier maatgevend zijn. Het integratieve karakter van de regeling van de schadevergoedingsplicht blijkt het duidelijkst uit de artt. 6.1.9.12a en 12b. De rechter krijgt een matigingsbevoegdheid voor gevallen waarbij volledige schadevergoeding, gelet op de aard van de aansprakelijkheid, de rechtsverhouding van partijen en hun beider draagkracht, tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen bovendien bedragen worden vastgesteld waarboven aansprakelijkheid zich niet uitstrekt indien deze redelijkerwijs niet door verzekering kan worden gedekt.

Het gaat hier om een belangrijke verbetering ten opzichte van het bestaande recht waar een geringe schuld tot onbeperkte aansprakelijkheid kan leiden. Bij de regeling van de rechtsgrond voor de aansprakelijkheid blijft de zorgvuldigheidsnorm het belangrijkste beginsel. Tegenover de uitbreiding van het aantal aansprakelijkheidscategorieën is ook de integratie versterkt doordat er een verdere objectivering heeft plaats gevonden van schuld naar risico, als grondslag voor aansprakelijkheid. De zorgvuldigheidsnorm wordt hierdoor aangescherpt. Volgens Schut zou het NBW miskennen dat verantwoordelijkheid eindigt waar overmacht begint.⁴⁰ Naar mijn mening is dit gevaar alleen dan aanwezig wanneer het begrip 'gedraging' te ruim zou worden opgevat, en ik zie geen enkele aanwijzing dat de ontwikkeling in die richting gaat. Integendeel, de wet bevat een aantal aanwijzingen in tegengestelde zin. Volgens art. 6.3.1.1 lid 2 eindigt onrechtmatigheid in geval van een rechtvaardigheidsgrond, hetgeen betekent dat sommige gedragingen in overmachtssituaties hun

onrechtmatig karakter verliezen. Voorts dienen verkeersopvattingen die tot risico-aansprakelijkheid leiden normatief te worden geïnterpreteerd.

Bij produktenaansprakelijkheid kunnen bepaalde risico's in de prijs worden verdisconteerd dan wel door verzekering gedekt. Ten slotte heeft de wetgever bepaalde risico's die met het gebruik van gevaarlijke stoffen samenhangen, willen uitsluiten, waardoor onaanvaardbare risico's worden weggenomen.

Tot zover het algemene karakter van het nieuwe aansprakelijkheidsrecht. Dan nu nog enkele opmerkingen over een bijzonder probleem, nl. de regeling van de hinder in het NBW.

In het NJB van 14 mei 1983 hebben mrs. Kottenhagen en Kottenhagen-Edzes kritiek geuit op deze regeling omdat zij van mening zijn dat de ontwerper de onrechtmatigheid van de hinder te beperkt heeft opgevat.⁴¹ Zij vrezen met name dat ò de plaats ò de interpretatie van art. 5.4.0, te weten de plaatsing in het zakenrecht en de relatie met het burencrecht, er toe zouden kunnen leiden dat het verbod van onrechtmatige hinder een duidelijk omljnd gebied betreft, nl. een verbod aan de eigenaar van het ene erf om aan de eigenaren van andere erven hinder toe te brengen. Zij stellen daarom voor in de titel over onrechtmatige daad een algemeen verbod van hinder op te nemen, luidende: Het is niet geoorloofd om aan een ander hinder toe te brengen in een mate of op een wijze die volgens art. 6.3.1.1 onrechtmatig is, zoals het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen, door het onthouden van licht of lucht of door het ontnemen van steun.

Met name hebben zij bezwaar tegen de opvatting van de wetgever dat zwaardere eisen moeten worden gesteld aan het oordeel dat iemand misbruik maakt van recht dan bij de vraag of sprake is van onrechtmatige hinder. Zij pleiten er voor om de uitoefening van het eigendomsrecht volledig te toetsen aan de zorgvuldigheidsnorm, en, daarop komt het namelijk neer, niet marginaal aan de redelijkheidsnorm, waarbij zij een beroep doen op de richtlijnen die naar hun mening uit het arrest van Dam-Beukeboom uit 1981 zouden volgen.⁴²

Ik acht deze kritiek niet juist. Met name uit de overwegingen bij de verwerping door de HR van het incidentele beroep van Beukeboom c.s. blijkt dat de HR niet iedere overschrijding van in het maatschappelijk verkeer aanvaarde normen waardoor hinder wordt toegebracht aan omwonenden, als onrechtmatig beschouwt maar dat deze onrechtmatigheid o.m. afhangt van de offers die er mee gemoeid zijn om overschrijding te voorkomen.

Hieruit volgt m.i. dat de HR vasthoudt aan de regeling in het NBW, waarbij van rechtsmisbruik niet bestaande in rechtsinbreuk of handelen in strijd met de wet, slechts sprake is bij in het oog springende onevenredigheid tussen het belang van de subjectief gerechtigde en de schade aan derden, in welk geval de

gebruiker zich aan onrechtmatige hinder schuldig maakt, omdat hij handelt in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid.

Nu kan aan mrs. Kottenhagen worden toegegeven dat de afweging van de financiële belangen van een onderneming tegenover het belang van de omwonenden niet door geluidshinder, stank en andere overlast te worden geplaagd, op zich geen eenvoudige zaak is. Naarmate echter het inzicht groeit dat ook welzijn en milieu economische aspecten hebben en ten dele op geld waardeerbaar zijn, behoort een dergelijke afweging niet tot de onmogelijkheden. Er is dus geen aanleiding om uit dien hoofde de marginale toetsing bij de derde vorm van rechtsmisbruik door de gerechtigde te vervangen door de volledige toetsing aan de hand van de zorgvuldigheidsnorm, omdat er in het geval van het gebruik maken van een subjectief recht in beginsel een rechtvaardigingsgrond is. Zou men dit miskennen, dan dreigt het onderscheid tussen rechtsuitoefening en blote machtsuitoefening, zo fundamenteel voor onze rechtsstaat, verloren te gaan. Daarbij mag immers niet uit het oog worden verloren dat in de belangrijkste gevallen de grenzen van de geoorloofdheid van de hinder door middel van belangenafweging in het bestuursrecht worden getrokken. In het geval van de hinderwet is daarbij een bijzondere administratieve rechtsgang gegeven.⁴³ Waar deze regeling tekort schiet, zal ingrijpen van de wetgever moeten worden afgewacht.

Ten slotte nog enkele opmerkingen over wijziging of ontbinding van een overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden zoals neergelegd in art. 6.5.3.11 NBW.

Het gaat hier om een van het geldende recht afwijkende regeling waardoor de spanning van de contractsband die is ontstaan buiten toedoen van partijen zelf, kan worden ongedaan gemaakt door tussenkomst van de rechter. De gewijzigde tekst van het artikel luidt (voor zover hier van belang): De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.

En het tweede lid bepaalt dat dit verlangen niet wordt ingewilligd voor zover de omstandigheden waarop eiser zich beroept krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komen.

Bij dit artikel kunnen verschillende vragen rijzen. Allereerst wat de betekenis is van de term 'onvoorzien'. Door Abas is bepleit de term uit het artikel weg te laten en steeds wanneer er sprake is van belangrijke wijziging van omstandigheden, een beroep op de rechter ingevolge dit artikel mogelijk te maken. Het is duidelijk dat de werkingssfeer van de bepaling daardoor niet onbelang-

rijk zou worden uitgebreid. Daarentegen is destijds door Royer bepleit om het begrip 'onvoorzien' normatief op te vatten zodat daaronder alleen die omstandigheden zouden vallen die partijen redelijkerwijs niet hadden behoren te voorzien.⁴⁴

In de opvatting van Royer zou de mogelijkheid van contractswijziging aanmerkelijk beperkt worden omdat de rechter dan in een aantal gevallen deze omstandigheden voor rekening van de partij zou laten die daarmee vooraf rekening had behoren te houden.

Hoewel voor dit standpunt uit een oogpunt van redelijkheid veel te zeggen zou zijn, zou de rechter worden belast met de beslissing welke omstandigheden wel, en welke niet voorzienbaar waren ten tijde van het sluiten van het contract, hetgeen bij duurovereenkomsten soms een vrijwel onmogelijke opgave zou worden.⁴⁵

De regering heeft voor de middenweg gekozen hetgeen betekent dat voldoende is dat bij het sluiten van de overeenkomst met de zich later voordoende wijziging in omstandigheden geen rekening is gehouden mits deze niet krachtens de aard van de overeenkomst of de verkeersopvattingen voor rekening van de eisende partij komen.

Een tweede vraag is wat wordt bedoeld met de term 'mag verwachten'. Uit de toelichting van Meijers bij het artikel blijkt dat hier geen marginale toetsing is bedoeld. Het kan hierbij ook gaan om minder belangrijke bedingen in een overeenkomst die zinloos zijn geworden, om ernstige versterking in de waardeverhouding of om aanpassingen waarmee uiteindelijk beide partijen gebaat zijn.⁴⁶ De rechter toetst echter niet de redelijkheid van de oorspronkelijke overeenkomst maar uitsluitend de vraag of in het licht van de gewijzigde situatie volledige instandhouding mag worden verwacht.

Daarmee komt dan de vraag aan de orde wat de verhouding is van dit artikel en art. 6.5.1.1 lid 2, waarin de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid in marginale gevallen is erkend. Uit de in deze bepaling gebruikte term 'uit een oogpunt van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is' blijkt duidelijk dat het hier gaat om een oordeel waarover redelijk denkende mensen niet van mening kunnen verschillen. Ook in de toelichting komt in concreto naar voren dat de rechter met betrekking tot de toepassing van de beperkende werking zeer terughoudend te werk dient te gaan, terwijl dit bij art. 6.5.1.1 niet steeds het geval zal zijn.

Blijkens de toelichting is 6.5.1.1 te beschouwen als een speciale dwingend-rechtelijke bepaling tegenover 6.5.1.1 lid 2 als de algemene voorziening. Denkbaar is derhalve dat een partij primair vordert wijziging of ontbinding op grond van onvoorzien omstandigheden en subsidiair, voor het geval de rechter deze vordering niet toewijsbaar zou achten, het buiten toepassing laten van een bepaling op grond van onverenigbaarheid met redelijkheid en billijkheid.

Tenslotte zijn er nog de bepalingen in boek 7, over de gevolgen van onvoor-

ziene omstandigheden in bijzondere overeenkomsten, zoals 7.7.1.11, bij de opdracht, 7.10.5.20, bij de arbeidsovereenkomst (ons huidige art. 1639w BW) en 7.12.4 lid 1, bij aanneming van werk. Hierbij gaat het om rechtstreekse toepassing van de billijkheid, dus om volledige afweging van belangen, in beginsel gericht op het voortduren van het contract.⁴⁷

Met deze gedifferentieerde regeling van de wijziging c.q. ontbinding van overeenkomsten wegens onvoorziene omstandigheden beschikt de rechter in de toekomst over een evenwichtig instrument om aan onvoorziene problemen tussen contractspartners het hoofd te bieden, waarbij de grote lijnen duidelijk zichtbaar zijn. Zij lopen van billijkheidsoplossingen bij bepaalde overeenkomsten, via normale toetsing aan redelijkheid en billijkheid tot marginale toetsing in extreme gevallen.

Samenvatting

Zoals uit het voorgaande volgt, mag de tegenstelling tussen integratie en differentiatie niet vereenzelvigd worden met die tussen regelnormativiteit en beslissingsnormativiteit. Een te ver doorgevoerde bijzondere regeling kan immers evenzeer aan een aanvaardbare beslissing in de weg staan, als een te vage algemene regeling, tenzij daarin de doorwerking van normatieve uitgangspunten is verzekerd. Door de concretisering van de billijkheid in een aantal toerekeningsmodellen, afhankelijk van de rechtsverhouding tussen partijen, en met algemene gelding, wordt het gevaar van strijd tussen de eisen van het bijzondere geval en die van de abstracte regel bezworen.

De uiteindelijke betekenis van het integratieve denken ligt immers in het zichtbaar maken van de samenhang tussen het rechtssysteem en de daaraan ten grondslag liggende rechtswaarden, waardoor zowel aan de eisen van de rechtszekerheid als aan de aanvaardbaarheid van de beslissing recht kan worden gedaan.

Dames en heren leden van de wetenschappelijke staf van de juridische faculteit,

Het onderwijs volgens het Maastrichtse model is niet alleen probleemgestuurd maar ook grensoverschrijdend.

Dit betekent onder meer dat ook, waar nog niet gebaande wegen moeten worden betreden, er over en weer, ten dienste van de verschillende capaciteitsgroepen in wording, erfdienstbaarheden van overpad zijn gevestigd.

Omdat zowel de heersende als de dienende erven aan deelgenoten toebehooren ontstaan er volgens het NBW hoofdelijke verbintenissen voor ieder van

ons met betrekking tot aanleg en onderhoud van erven, werken en beplantingen.

Op zich zelf zou dit een reden tot bezorgdheid kunnen zijn die afbreuk zou kunnen doen aan de hooggespannen verwachtingen die wij van onze jonge faculteit hebben.

De ervaringen met betrekking tot onze samenwerking in het afgelopen jaar hebben mij echter gesterkt in de verwachting dat binnen afzienbare tijd genoemde erfdienstbaarheden weer teniet zullen gaan, en dus ook de daaraan gekoppelde verbintenissen, niet omdat wij onze vakgrenzen weer zouden gaan sluiten, maar integendeel als gevolg van de vermenging van heersende en diennende erven.

Eerst dan zal ons experiment voor wat de beoefening van de rechtswetenschap betreft zijn geslaagd.

Dames en heren studenten,

Paul Scholten heeft eens gezegd: 'Rechtsdenken is gemeenschapsdenken; wie naar recht zoekt houdt geen monoloog maar roept op, vraagt antwoord'.

In dit opzicht is het dus een voorrecht dat U de juridische studie voor een belangrijk gedeelte volbrengt door deelname aan onderwijsgroepen. Maar de opmerking van Scholten houdt nog een tweede aspect in, nl. dat het recht, of het nu tot ons komt in de vorm van een wetsvoorschrift of van een door partijen zelf gekozen regel, nooit af is. Om met mijn leermeester Bregstein te spreken, wij moeten het recht ten einde denken.

Het gaat in het recht niet alleen om wat er staat maar ook om wat er niet staat en zelfs om wat er zou moeten staan. Wie op deze vragen een antwoord zoekt, moet zich bezinnen op de rechtswaarden die aan ons systeem ten grondslag liggen. Daarbij gaat het niet alleen om eens, in het verleden, gekozen uitgangspunten, maar ook om rechtsbeginselen die nog gepositieerd moeten worden. Anders gezegd, het gaat er om maatschappelijke belangen te vertalen in recht. Daarom is voor de jurist luisteren een voorwaarde voor het mogen spreken.

Met U hoop ik dat de nieuwe opzet van de rechtenstudie aan deze faculteit U daartoe alle gelegenheid zal bieden.

Noten

1. Deze herdenking vond plaats op 28-11-1975 te 's-Gravenhage.
2. Vergelijk G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, 4e dr., Tjeenk Willink, Zwolle, 1983, p. 5 vlg.
3. Zie hierover: F.J.M. Nivard, *NJB* 1968, p. 89 vlg.; en mijn: 'The use of conciliation for dispute settlement in Dutch civil procedure', in: *Netherlands report to the tenth international congress of comparative law*, Kluwer, 1978, p. 159 vlg.
4. J.H. Nieuwenhuis in: 'Privaatrecht in de jaren zeventig', *NJB* 1982, p. 477 vlg. Vergelijk P. Scholten waar hij schreef: 'De beslissing wordt als precedent het uitgangspunt van een nieuwe regel', in: 'De structuur der rechtswetenschappen', Amsterdam 1945, p. 16.
5. Zie in dit verband art. 6.1.1.2 lid 2 NBW waarin de beperkende werking van 'redelijkheid en billijkheid' in marginale gevallen voor het gehele verbintenissenrecht is erkend. Zie ook: HR 2-4-1982, *NJ* 1983, 367, waar deze de redelijkheidsnorm toepassend, in feite de artt. 1 lid 1 en 4 van de Algemene termijnenwet terzijde stelde, en daarover de annotator Brunner.
6. Volgens de nieuwe afdeling 6.5.2A wordt op ruime schaal rechterlijke toepassing mogelijk van algemene voorwaarden in overeenkomsten tussen professionele gebruikers en particulieren. Zie over deze materie: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1979*, deel I, eerste stuk, waarin de preadviezen van J.H. Dalhuisen en E.H. Hondius, resp. getiteld 'Algemene voorwaarden' en 'Naar een wettelijke regeling van algemene voorwaarden'. De opneming van de nieuwe afdeling in boek 6, titel 5 is overeenkomstig het preadvies van Hondius.
7. Zie hierover: Asser-De Ruiter-Moltmaker II, 1982, p. 242 vlg.; E. Cohen Henriquez, *Redelijke verwachtingen van samenlevingsgenoten*, *NJB* 28-5-1983, p. 681 vlg.
8. S.W. Couwenberg, 'Staatsrechtelijke hervormingen opnieuw aan de orde', *NJB* 1982, p. 341; A.S. Hartkamp, *Nieuwe tendensen in het vermogensrecht*, hoofdstuk II van 'Capita Nieuw burgerlijk wetboek', Tjeenk Willink, Zwolle, 1982.
9. Zie onder meer: H.U. Jessurun d'Oliveira, R. Kotting, Th.M. Bervoets en Th.M. de Boer, *Partij-invloed in het internationaal privaatrecht*, Kluwer, 1974; L. Strikwerda, *Partij-autonomie en het internationale geval*, Studiekring prof. mr. J. Offerhaus, reeks IPR nr. 12, Kluwer, 1981; en voorts art. 4 van de op 10 april 1981 in werking getreden IPR-wet waarover: A. Wendels, *Internationale echtscheidingen*, 2e dr., Tjeenk Willink, Zwolle, 1983. Een standaardarrest is HR 13-5-1966, *NJ* 1967, 3 (Alnati).
10. In het Landsmeerarrest (HR 4-1-1963, *NJ* 1964, 204, *JHB*) achtte de Hoge Raad inbreuk door een gemeente op een door haar gesloten privaatrechtelijke overeenkomst geoorloofd, 'indien dit ingrijpen en door onvoorziene omstandigheden en uit een oogpunt van goed overheidsbeleid gerechtvaardigd was'. Het komt mij voor dat met deze criteria geheel voldaan wordt aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van art. 6.5.3.11. Zie over de vraag in hoeverre privaatrecht en bestuursrecht door gemeenschappelijke regels worden beheerst A.R. Bloembergen, *De eenheid van privaatrecht en administratiefrecht*, *WPNR* 1977, nrs. 5372-5375.
11. De artt. 93 en 94 van de herziene grondwet luiden:
Art. 93: Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties die naar haar inhoud eenieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekend gemaakt.
Art. 94: Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing indien

deze toepassing niet verenigbaar is met eenieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

12. J.C. Hage, Over de betekenis van vage termen als goede trouw, redelijkheid en billijkheid, WPNR 5579.

13. J. Wiarda, Aard en betekenis van rechtsbeginselen, inzonderheid de beginselen van goede trouw en billijkheid in ons positieve recht, intree rede Groningen 1947, Tjeenk Willink, Zwolle. Hij wees op het ingevolge de toen geldende tekst van art. 99 lid 2 RO bestaande bezwaar dat de HR, hoewel van de rechter verlangende dat deze zo nodig algemene rechtsbeginselen zou toepassen, niettemin toetsing van deze toepassing in cassatie onmogelijk achtte. Dit had tot gevolg dat van rechtseenheid op dit terrein geen sprake kon zijn. Daartoe zou eerst de wijziging van art. 99 lid 2 RO de stoot geven.

14. Over de betekenis van de rechtsdogmatiek, zie o.m.: J.M. van Dunné, 'De waarde van de rechtsdogmatiek voor het privaatrecht', in: Rechtsphilosophie en rechtstheorie, mei 1974, p. 50-69.

Over civielrechtelijke samenloop zie: C.A. Boukema, Civielrechtelijke samenloop, diss. Leiden, 1966; W. Snijders, Samenloop van wetbepalingen in het NBW, in: 'Speculum Langemeijer', p. 453-471; C.H.J. Brunner, Beginselen van samenloop, in: 'Privaatrechtelijke begrippen' 7, 1972, p. 39 vlg.; J.H. Nieuwenhuis, Anders en eender, intree rede Leiden, 1982.

Snijders merkt in zijn hiervoor geciteerd artikel op dat in het NBW getracht is de rechtsgevolgen van niet nakoming van een verbintenis en van een onrechtmatige daad zoveel mogelijk gelijk te regelen en de samenloopmoeilijkheden terug te brengen tot de gevallen waarin het werkelijk noodzakelijk is verschillen tussen beide aansprakelijkheidsgronden te maken. De eenvormige regeling van de schadevergoeding en de gelijkstelling van de verjaringstermijnen in het NBW zijn hiervan een voorbeeld (t.a.p. p. 465-466).

15. Over het vraagstuk van de openheid van ons nieuwe verbintenissenrecht zie Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw burgerlijk wetboek, Kluwer, 1979, p. 3 vlg. Schoordijk betoogt (p. 17 vlg.) dat art. 6.1.1.1 een sta in de weg zou zijn om in sommige gevallen op grond van de billijkheid een verbintenis aan te nemen.

Naar mijn mening is het de vraag of daaraan nog behoefte bestaat nu de artt. 6.3.11, 6.4.1.1, 6.4.2.1 en 6.4.3.1 een sluitend geheel vormen. Ik kan mij geen geval voorstellen waarin buiten deze bepalingen en buiten hetgeen is overeengekomen op grond van de billijkheid een niet in de wet geregelde verbintenis zou kunnen ontstaan.

Hierbij valt immers te bedenken dat tenzij de wet zelf uitdrukkelijk naar de billijkheid verwijst, deze juist geen zelfstandige rechtsbron is. Een tussenstandpunt wordt naar het mij voorkomt ingenomen door A. Pitlo in: De ontwikkeling van een gesloten naar een open systeem verbintenissen in de rechtspraak van de Hoge Raad, Tjeenk Willink, Groningen, 1973.

16. Zie: 'De hanteerbaarheid van het recht', bundel opstellen opgedragen aan mr. L.D. Pels Rijcken, Boekenreeks NJB 7, Tjeenk Willink, Zwolle, 1981, met bijdragen van H. Drion, A.E. van der Does, W.L. Haardt, Van Hecke, E. Korthals Altes, J.M. Polak, G.J. Scholten en C.R.C. Wijckerheld Bisdorff.

Met betrekking tot de aan de wetgeving te stellen eisen noemt Polak o.m. eenheid, spaarzaamheid en subsidiariteit, eisen waaraan als gevolg van een sterke mate van differentiatie niet meer wordt voldaan.

17. Van de meer recente literatuur over causaliteit noem ik:

H.K. Köster, Causaliteit en voorzienbaarheid, intree rede Amsterdam, 1963; G.H.A. Schut, Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid, diss. V.U. 1963, Tjeenk Willink, Zwolle; J. van Schellen, Juridische Causaliteit, Kluwer, 1972; H.J. van Eikema Hommes, Juridische causaliteit, redelijke toerekening en enige nieuwere rechtspraak van de HR, in: 't Exempel Dwinght', opstellen aangeboden aan prof. mr. I. Kisch, Tjeenk Willink, Zwolle, 1975, p. 91 vlg.

P.A. Stein, in: *Schade lijden en schade dragen*, Boekenreeks NJB 6, 1980, p. 137 vlg.; J. van Schellen, *Adequaat causaal verband en toerekening naar redelijkheid* in: 'Non sine causa', opstellen aangeboden aan prof. mr. G.J. Scholten, p. 342 en J.H. Nieuwenhuis en H.A. Groen, *Onrechtmatige daad*, in: 'Capita Nieuw burgerlijk wetboek', G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, 2e dr., Tjeenk Willink, Zwolle, 1981.

Een soortgelijke ontwikkeling als bij ons heeft plaats gevonden wordt beschreven door Stig Jørgensen in: *Doctrines of strict law in Scandinavia*, in: *The unity of strict law*, Bruylant, Brussel, 1978, p. 210 vlg. Voor een rechtstheoretisch onderzoek naar de grondslagen zie nog: G.P. Fletcher, 'The search for synthesis in tort theory', in: *Law and Philosophy*, april 1983, D. Reidel, Dordrecht/Boston.

18. Op basis van art. 54 lid 3 sub g van het EEG-verdrag zijn en worden richtlijnen uitgegeven, gericht op harmonisatie van het vennootschapsrecht van de lidstaten. Ingevolge deze richtlijnen is ons recht reeds op een aantal punten aangepast.

Ik noem slechts invoering van de besloten vennootschap, de kapitaalbescherming, de jaarrekening en de controle en het wetsontwerp met betrekking tot de fusie van 1 juni 1956 nopens de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van vreemde vennootschappen, verenigingen en stichtingen.

Over de communautaire rechtsorde ingevolge het EEG-verdrag zie: Kapteyn-Verloren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Kluwer, 1980, p. 27 vlg.; L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Tjeenk Willink, Alphen a/d Rijn, 2e dr., 1981, p. 124 vlg.

Een recent voorbeeld van de integratieve werking van de rechtspraak van het Hof van Justitie is het arrest van 26 mei 1982, NJ 1983, nr. 464.

19. Zie hierover J.G. Sauveplanne, *Elementair internationaal privaatrecht*, 7e dr., Kluwer, 1982.

20. Ik noem slechts het rapport van de Werkgroep standaardregelingen in de bouw, *Bouwrecht monografieën*, geschrift nr. 5, Kluwer-Samsom 1981, besproken door resp. G.J. Scholten, P. Sanders, W.C.L. van der Grinten en L.D. Pels Rijcken in *Bouwrecht* van maart, april, juli en december 1982.

21. Het rapport van de studiegroep 'Verkeersaansprakelijkheid', deel II betreffende vergoeding van zaakschade, is in 1980 verschenen bij de Staatsuitgeverij. Het bevat als bijlagen een 'voorontwerp wegvervoersrecht' en de 'overeenkomst vereenvoudigde schaderegeling' van 1 juli 1978 tussen de daarbij betrokken schadeverzekeraars.

22. Voor een overzicht van toepassing van rechtsbeginselen door de burgerlijke rechter, zie H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter*, diss. Leiden, 1978. Voor een meer algemeen overzicht, zie de conclusie van A.G. Mok bij HR 23-6-1982, NJ 1983, 415; H.U. Jessurun d'Oliveira, *De meerwaarde van rechterlijke uitspraken*, Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 10, Kluwer, 1973, p. 8-12 en 42 vlg.; G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Tjeenk Willink, 2e dr., 1980, en 'De rechter tegenover de vage normen', *Rechtskundig Weekblad* 22 september 1973.

23. HR 8-6-1973, NJ 1974, 76; HR 8-3-1974, NJ 1975, 9; HR 25-4-1975, NJ 1975, 449. Voor de motiveringseis zie: HR 22-7-1981, NJ 1982, 262, BW.

24. HR 26-6-1959, NJ 1961, 553, met kritische noot van Veegens die van mening is dat in deze beslissing de eisen van behoorlijk procederen te hoog zijn opgevoerd. Inmiddels kunnen wij, gelet op de hierna nog gegeven beslissingen van een vaste jurisprudentie spreken, geheel in overeenstemming met de hoofdregel van 3.11.8 die niet alleen op de rechtsvordering zelf betrekking heeft maar ook op de processuele mogelijkheden en verweermiddelen die de wet toekent.

25. Het standaardarrest is dat van de grensoverschrijdende garage, HR 17-4-1970, NJ 1971, 89, Ph.A.N.H. De annotator Houwing keert zich in zijn noot tegen de opvatting van Köster dat de

HR hier gekozen zou hebben voor marginale toetsing bij rechtsmisbruik. Hij stelt dat toetsing op grond van onrechtmatigheid nooit marginaal is maar steeds een billijkheidsoordeel inhoudt. Naar mijn mening moet men onderscheiden. In beginsel vormt het gebruik maken van een subjectief recht een rechtvaardigingsgrond met betrekking tot nadeel of hinder voor derden. De eerste toetsing is daarom een redelijkheidstoetsing, hetgeen betekent dat de belangen niet op voet van gelijkheid worden afgewogen. Zou echter de eigenaar elk redelijk belang missen, dan treedt onrechtmatigheid in, zodat er in beginsel plaats is voor volledige schadevergoeding, dan wel een verbod. Wellicht is de term 'redelijkheidstoetsing' beter dan 'marginale toetsing'.

26. Hartkamp, t.a.p. p. 19. Zie ook Parl. Gesch., boek 5, p. 40 vlg.

27. Parl. Gesch., boek 6, p. 71 vlg.

28. Zie J.H. Nieuwenhuis, Drie beginselen van contractenrecht, Kluwer, 1979, p. 63 vlg.

29. HR 27-2-1970, NJ 1970, 239 GJS en 30-6-1978, NJ 1978, 685 GJS, alsmede Onrechtmatige daad VIII, nrs. 58 vlg. Volgens HR 24-12-82, R.v.d.W. 1983, afl. 4, dient voor beantwoording van de vraag of er sprake is van overmacht aan de zijde van de bestuurder van een motorvoertuig, er van uit te worden gegaan dat deze bestuurder bij tijdige waarneming van een voetganger op de rijbaan er bij zijn rijgedrag rekening mee houdt dat deze onvoorzichtig zijn weg zal vervolgen. M.a.w., de HR komt op grond van belangenafweging in het verkeer tot extra bescherming voor zwakkere verkeersdeelnemers, waardoor de zorgvuldigheidsnorm opnieuw wordt aangescherpt. Zie ook H.R. 8-1-1982, NJ 1982, 614, C.J.H.B. en vooral de conclusie van de A.G. Franx.

30. De gedachte dat trouw als het honoreren van opgewekt vertrouwen berust op het beginsel van de gelijkwaardigheid is al te vinden bij Grotius, met name in zijn verhandeling 'de fide et perfidia'. Zie het commentaar van W. Fikentscher, 'De fide et perfidia', München, 1979.

31. W. van Gerven, Beginselen van behoorlijk handelen, Tjeenk Willink, 1982. Deze schrijver gaat uit van de tweedeling in verhoudingen van gelijkheid en ongelijkheid. Voor het privaatrecht lijkt verdere nuancering onvermijdelijk. Denken wij slechts aan de verhouding tussen contractsvrijheid of partij-autonomie en het algemeen belang.

Zie hierover: Asser-Rutten II, 6e dr., 1982, p. 30 vlg.; J.H. Nieuwenhuis, t.a.p. p. 63 vlg.; Hofman-Abas, deel I, tweede gedeelte, p. 11-14 en Pitlo-Bolweg, deel 3, 8ste dr., 1979, p. 245 vlg. Er is hier sprake van continuïteit. Vlg. HR 13-6-1913, NJ 1913, p. 787.

32. G.H.A. Schut, Rechtshandeling, overeenkomst, verbintenis, Tjeenk Willink, Zwolle, 1980, p. 24 vlg.

Zie vooral ook: J. Eggens, Vormen van nietigheid en van bekrachtiging van rechtshandelingen, preadvies 1947, en voorts Parl. Gesch. bij art. 3.2.1.1 vlg.

33. P. van Schilfgaarde, Nietigheden in 3.2 NBW volgens de invoeringswet, WPNR 5621, p. 549 vlg. en 5622, p. 569 vlg.

W.E.M. Leclercq, Nietigheid en vernietigbaarheid in de artt. 3.2.1.2 en 3.2.1.3. WPNR 5646, p. 197 vlg.

Deze auteur wijst op de complicaties van een- en meezijdige nietige rechtshandelingen, mede in aanmerking genomen de dubbele grondslag, wil en vertrouwen, die de rechtshandeling constitueren. Z.i. maakt de wet zonder rechtsgrond onderscheid tussen de bescherming van de wederpartij van de handelingsonbekwame en de feitelijk onbekwame nu de laatste door art. 3.2.3 wordt beschermd.

34. t.a.p. WPNR 5621.

35. Parl. Gesch. ad art. 3.2.2.1, p. 158 vlg.

36. NJ 1947, 139. De A.G. Rombach merkt in zijn conclusie bij dit arrest op dat het onbeperkt toelaten van de *condictio indebiti* tot zeer onbillijke acties kan leiden, maar ook hij acht wetswijziging nodig om deze problemen op te lossen, waartoe hij o.m. verwijst naar het preadvies van J.C. van Oven van 1937 voor de NJV.

37. HR 12-3-1926, NJ 1926, p. 777, PS.

38. In dat geval vervalt immers het argument dat de partij die het gepresteerde terugvordert, iets ongeoorloofds heeft beoogd. Zie hierover: Parl. Gesch. ad art. 6.4.2.9, p. 819 vlg.

39. Parl. Gesch. ad art. 6.1.9.4, p. 340 vlg.

40. G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, p. 40 vlg.

41. NJB 14-5-1983, p. 625 vlg.

42. HR 9-1-1981, NJ 1981, 227 CJHB. Zie voor belangenafweging bij rechtsmisbruik ook: Hof Leeuwarden, 17-2-1954, NJ 1954, 611.

43. Zie hierover: L. Bomhof, *Handleiding hinderwet*, Kluwer 1978, p. 16 vlg., die wijst op de richtlijnen die op verschillende terreinen zijn en worden ontwikkeld ten einde de begrippen hinder, gevaar en schade zo veel mogelijk van hun subjectiviteit te ontdoen, in welk verband hij noemt de brochures 'Veehouderij en hinderwet', 'Geluidshinder 1973', 'Handboek hinderwet' en de te ontwerpen voorschriften inzake luchtverontreiniging.

Zie ook: P.J.M. Otten, *Ruimtelijke ordening en milieubeheer*, diss. Utrecht, 1980, *Vuga boekerij*. Hij bespreekt daarin de mogelijkheid milieuhygiënische normen over te nemen in bestemmingsplannen en pleit voor coördinatie van het overheidsbeleid over de gehele lijn, niet alleen van boven naar beneden maar ook omgekeerd (p. 288 vlg.).

44. In zijn artikel 'Pacta sunt servanda en de verandering van omstandigheden in het privaatrecht', *Themis* 1972, 5/6, p. 514 vlg.; P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw, toen, nu en in de toekomst*, in: *Non sine causa*, 1979, p. 11.

45. A.L. de Wolf, *Veranderde omstandigheden*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1979, p. 76 vlg. Deze auteur is van oordeel dat de rechter ingevolge art. 6.5.3.11 niet de wet opzij kan zetten. In het regeringsantwoord n.a.v. het eindverslag wordt in dit verband opgemerkt dat de opvatting van De Wolf niet juist is, zonder dat daarbij wordt gedifferentieerd. Het komt mij voor dat de wijzigingsbevoegdheid van de rechter uitsluitend betrekking kan hebben op regelend recht. Zou immers de wet de gevolgen van wijzigingen van omstandigheden dwingend regelen, te denken valt aan het historische voorbeeld van de wet op de goudclausules, dan lijkt mij 6.5.3.11 niet toepasselijk. Wel zou een benadeelde partij in het uiterste geval een beroep kunnen doen op de beperkende werking ingevolge art. 6.5.3.1 lid 2.

46. Parl. Gesch. ad art. 6.5.3.11, p. 968 vlg.

47. Art. 7.7.1.11 luidt (voor zover hier van belang): 'Ieder der partijen is te allen tijde bevoegd zich wegens gewichtige redenen tot de rechter te wenden met het verzoek de opdracht te ontbinden.' Als gewichtige redenen worden beschouwd veranderingen in de omstandigheden welke van dien aard zijn dat de opdracht *billijkheidshalve* dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. Art. 7.10.5.20 komt overeen met het huidige art. 1639w BW.

Art. 7.12.4 bepaalt dat indien na het sluiten van de overeenkomst van aanneming van werk er kostenverhogende omstandigheden zich voordoen die niet aan de aannemer kunnen worden toegerekend, de rechter op vordering van de aannemer de prijs zal aanpassen mits de aannemer bij het bepalen van de prijs geen rekening heeft behoeven te houden met de kans op zulke omstandigheden. Hier geldt dus de strengere eis dat de wijziging niet voorzienbaar moet zijn geweest.